

POR

DON TOMAS Mesia de Azeuedo, Cauallero del Orden de Calatraua.

CON

Doña Geronima Salido de Herrera.

En Granada, por Bartolome de Lorençana, a la esquina de la calle del Pan, junto a la Real Chãcilleria. Año de 1627.

Num.1.
Refierese sumariamente el hecho deste pleyto.



EL Memorial dado por el Relator, està ajustado por las partes, y lo que contiene sumariamente es, que auiendose concertado casamiento entre dō Luis Mesia de Azeuedo, con la dicha doña Geronima, por el año passado de quinientos y nouenta y tres, se le mandaron seys mil ducados de dote, y el mandò dos mil de arras: y en estas capitulaciones se obligò don Luys de sacar facultad para obligar su mayorazgo a la restitucion de la dote: y ansi mismo se obligò a que el dicho don Tomás Mesia su hermano, tambien se obligaria a la dicha restitucion.

Num.2.
Escritura que otorgò don Tomàs, sobre q̄ es este pleyto.

Año de quinientos y nouēta y seys, don Tomàs Mesia, en cumplimiento de la obligacion que el dicho don Luys hizo, en las dichas capitulaciones, se obliga de mancomun con el dicho don Luys, a la restituciō de la dote y arras, en la forma que se contiene en la dicha escritura, que serà necessario que V.m. y estos Señores la manden vèr a la letra, porque consiste el ajustamiento de lo que se ha de tratar en la inteligencia della.

Num.3.
Posiciones que don Tomàs haze contra la escritura de arriba.

Sobre el valor desta obligacion es este pleyto: porque don Tomás pretende, que fue nula por muchas causas. Por auerse otorgado siendo menor, debaxo de poderio de tutor, sin su licencia, y sin las solenidades del derecho, y auer interuenido fuerça y miedo en el otorgamiento. Por auer sido leso enormissimamente. Por ser obligacion y fiāça de restituyr dote, que es prohibida por derecho. Y vltimamente, porque en qualquiera acontecimiento que aya sido valida, siendo fiança, y estando impedida la dicha

doña

doña Geronima de ceder las acciones contra los bienes hipotecados a la seguridad de su dote, por auerlos enagenado juntamente con el dicho su marido, està fuera de la dicha obligacion.

Y si el dicho don Tomàs Mesia no tuuiera contra si la sentencia de vista de tan gran Tribunal, de que està suplicado, hizieramos este papel con menos cuydado, por no obligar a V. m. y estos Señores a mayor trabajo: pero esta causa obliga (teniendo como tenemos su justicia por clara) a dilaterle algo mas en tres fundamentos.

Contra las dichas causas y cada vna dellas, opone la dicha doña Geronima excepciones, q̃ se aduertiran en el discurso deste papel, dando satisfacion a todas.

Este papel se diuidira en quatro Articulos. *Diuisiõ desta informacion en quatro Articulos.*

En el primero se fundarà, que està bastantemente prouada la fuerça y miedo con que otorgò el dicho dõ Tomàs la dicha escritura; y que por esta causa, siendo nula la obligacion, no la confirmò el juramento. *1. Articulo.*

En el segundo se fundarà, que quãdo la fuerça y miedo no estuuiera prouado, positiuamente interuino miedo reuerencial; que junto con la enormissima lesion, que resulta de la dicha obligacion, basta para fundar su nulidad, sin q̃ le aya dado valor el juramento. *2. Articulo.*

En el tercero se fundarà, que por ser la obligacion que el dicho don Tomàs hizo, fiança de restituyr la dote que su hermano recibio, fue nula de derecho: y que en quanto a esto no interuino en la obligacion juramento; y que aun que interuiniera, no la hiziera valida. *3. Articulo.*

En el quarto se fundarà, que estando impedida la dicha doña Geronima Salido de Herrera, de poder ceder las acciones en fauor del dicho *4. Articulo.*

don

don Tomas Mesia, contra las hipotecas de la dote, en ningun acontecimiento está el dicho don Tomas obligado a la paga.

Primus Articulus.

Num. 4. *Los cõtratos de los menores, algunos mero iure valen, sin embargo de que se restituyga: pero jurados, se le impide la restitucion.*

EN Los contratos y obligaciones fechas por los menores con juramento, es necessario que se aduierta vna distincion importantissima, videlicet, que vnas obligaciones, o contratos mero iure, valen sin embargo de que el menor se pueda restituyr, y en estos el juramento, haziendo al menor mayor, le impide la restitucion, y por este camino dà valor al contrato: non a priori, porque el en su principio valio; sed a posteriori, porque siendo recissible, por el remedio de la restitucion impide, q̃ no se le conceda al menor. El exemplo desto puede ser, si vn menor de 25. años, y mayor de 14. que no tuuiesse curador, vendiesse algunos bienes muebles, esta venta mero iure valet: pero si fue leso en el precio, o porque no cõuenia vender, puedese restituyr: pero auiendo jurado el contrato, impidese la restitucion. Otras obligaciones y contratos haze el menor de 25. y mayor de 14. que son nulos ipso iure, y por ser jurados, la religion del juramento obliga a su cumplimiento. El exemplo desto es, si vn menor, que tuuiesse curador, enagenasse qualesquiera bienes sin su licencia: o no teniendo curador, enagenasse bienes rayzes, sin decreto, ni solenidad, estos contratos son en si ningunos: pero siendo jurados, por la religion del juramẽto, quedarà obligado al cumplimiento.

Los menores hazen contratos, que son nulos ipso iure; y si se juran, el juramento obliga a su cumplimiento.

Num. 5. *Refierese la disputa de los Doctores, si*

Y aunque huuo controuersia entre los Doctores, si el contrato nulo se confirma con el juramento, o solo, quedandose el cõtrato nulo, solo

se

se trata por la religion del juramento, de que se cumpla, ita vt habita relaxatione iuramenti cõ tractus maneat nullus, y sin obligacion a su cũplimiento, que es lo que doctamente trata el P. Thom. Sanch. en el lib. 1. de sponſ. q. 32. per tot. Ioan. Gut. in authent. sacramenta pub. C. si aduerſ. vend. a n. 24. cum seqq. no ay para que entrar en esta disputa: porque para este pleyto basta constituyr la diferencia del contrato fecho por el menor qui mero iure valet, del contrato que es ipso iure nullo, tamen rescipit valorem & obligationem, ex solo iuramento.

el contrato nulo se confirma con el juramento, o si solo se trata que se cumpla por la religion del tal juramento.

Num. 6.

El cõtrato que don Tomas otorgò, fue nulo, y refierẽse las causas.

El contrato de fiança fecho por el dicho dõ Tomas Mesia de Azeuedo, siendo menor, y teniendo curador (como es hecho assentado por el pleyto) y aunque no lo tuuiera, auiendo obligado sus bienes rayzes: y quando no fuera menor, siendo la obligacion de fiança de restitucion de dote: por todas estas causas, y qualquiera dellas, si no interuiniera juramento, el contrato fuera nulo, y no obligatorio: porque el menor que tiene curador, no puede enagenar sin autoridad de su curador, bienes muebles, ni rayzes, y la enagenacion que hiziere sin ella, serà ninguna, l. si curatorem habens, vbi omnes scribentes, C. de in integr. rest. Y no teniendo curador, no puede enagenar, ni obligar los bienes rayzes, sin decreto de Iuez, causa e informacion de vtilidad, l. 2. & 3. cum seqq. C. de præd. minorum sine decret. cum concordantibus. Y siendo menor, o mayor, no pudo hazer fiança de restituyr dote: porque es contra la prohibicion del derecho, y nula ipso iure, l. 1. & 2. C. ne fideiuſ. dotiũ dent. vbi communis DD. resolutio.

Por manera, que siendo indubitable, que la dicha obligacion fue nula por las dichas causas, y qualquiera dellas, solo se puede pretẽder su consistencia, por razon de dezir que està ju-

rada,y que el juramento confirma esta obligacion fecha por el dicho don Tomàs Mesia,aunque fuesse menor de 25. años quando la otorgò,y aunque tuuiesse curador.

Num.7. *Refierese la opiniō de los que tuuieron, que el contrato nulo no lo confirmaua el juramento, y los que tuuieron la contraria.*

Y aunque en los contratos nulos,esta cōclusion de que el juramento los haga validos, non transit sine difficultate:porque con grādes fundamentos, y alegacion de Doctores que refiere,resuelue Roland.à Vall.cons.4.vol.1.n.80.& cons.7.vol.3.à n.39.cum seqq. que el contrato ipso iure nullo, no lo confirma el juramento, quia vbi non est subiectum,non potest dari cōfirmatio,quæ præsupponit confirmatum: y esta opinion dize,que es mas comun y verdadera,y la siguio y tuuo Christophor.Porti.in §. extraneis,n.10.cum seqq.instit. de hæred. qualit. & differen.a quien refiere Ioan Gutier. in repe. authent.sacram.puber.nu.23. Pero en caso que la contraria,como Roland.refiere,sea mas praticable,y que el juramento confirme el contrato nulo,esta confirmacion obrara en tanto, en quanto no estuuiere relajado el juramento:por que estandolo,como no se puede incurrir en el perjurio por la absolucion y relajacion, cessara en todo la confirmacion del contrato: porque siendo nulo,no se pudo confirmar absolutè,sed donec instaret incursus periuri, lo que no es en el contrato qui mero iure valet,que el juramento lo confirma omnimodo & absolutè: y aunq̃ se relaje y absuelua el juramento, manet in sua firmitate:ita probat eleganter vtramque partem,Curt.iuni.cons.152.n.7.lib.1. dicens, hanc esse magis communem opinionem, quem refert & sequitur Cardin.Thusc.concl.528. n.10. lit.I.tom.4.

Num.8. *Que el juramēto no valida el contrato, quando es hecho por miedo y fuerça.*

Pero viniendo a lo indiuidual deste articulo,en caso que el juramento del dicho don Tomás Mesia se estienda a hazer valido el contrato,

to,que sin el dicho juramento fuera nulo, esto no puede proceder, si la dicha obligacion y juramento se hizo por miedo y fuerça, tal, q̃ por derecho baste, para que el contrato se tenga tã quam metus celebratus: porque en este caso, las conclusiones son textuales, que no se valida el contrato por el juramento, cap. quamuis pactum, de pactis, lib. 6. authent. sacram. pub. C. si aduersus vendit. cum concordantibus.

Y que el dicho contrato se aya otorgado, cõ miedo bastante a que el juramento no sane su nulidad, plusquam manifestissimè exactis patet.

Para prouar lo qual, presuponemos. Lo primero, que in quibus casibus patris, vel matris metus, sufficiens est ad rescindendum contractum, in eisdem sufficit metus in fratre minori, respectu maioris, dom. Anton. de Padill. alios referens, in l. interpositas, nu. 21. C. de transact. Ioan. Gutier. cons. 16. n. 17.

Num. 9. *El miedo del hermã no mayor con el menor, es bastante para rescindir el contrato.*

Lo segundo, que el miedo se dize bastante para mouer qualquier constante varon, ex varijs casuum circunstantijs arbitrio iudicantis: porque no ay cierta regla, para comprehender todas las causas que pueden induzir bastante miedo, si biẽ ay algunas, que ellas de per se son conocidas, iuxta glos. communit. receptam, in d. l. interpositas, C. de transact. vbi DD. præcipuè dom. Anton. de Padill. n. 13. qui communé affirmat ex dom. Couar. plures referens sequitur Menoch. de arbitrar. lib. 2. centur. 2. casu 135 n. 3. 4. & 5. plures in id expendit Farin. 2. p. fracmentorum, verbo, metus, n. 67.

Num. 10. *El miedo se dize bastante a mouer qualquier constante varon, ex varijs casuũ circunstantijs arbitrio iudicantis.*

Lo tercero, la prouança del miedo no es regular, porque se prueua por indicios, por congeturas, por testigos, y por circunstancias del caso, Bald. in d. l. interpositas, nu. 5. C. de transact. vbi commun. DD. D. Padill. ibidem, n. 33. infinitos

nitos

nitos in id congerens, Balthas. Mogoll. in tract. de his quæ vi met. cau. fiunt, c.10.§.3.nu.8. vbi probat, quod sufficiunt duo testes singulares ad probandum metum: & n.11. probat sufficere cum vno teste aliquas præsumptiones, vel rationes ad esse, ad hoc vt metus concludenter dicatur probatus, vbi n. seqq. prosequitur media quibus metus dicitur probatus: que aunque todos vienen a parar al recto arbitrio del señor Iuez, sunt tamen considerandi ad hoc, vt certũ sit ad probandum metum leuiores probationes sufficere, pluribus congestis, cons.72. nu.13. cum seqq.

Num. 11. *Don Tomas tiene prouado bastantemẽte el miedo, cõ que otorgò la escritura de fiança.*

Quibus sic in iure suppositis, secure possumus affirmare, que el dicho don Tomàs Mesia tiene prouado el miedo con que se otorgò la dicha obligacion, en forma bastante para mouer a qualquier constante varon, positiua y presuntiuamente: lo qual se manifiesta por las deposiciones de Andres Gomez, mem. fol. 8. y de Gracia de Oliua, mem. fol. 9. y de Ioan Bautista de Torres, mem. fol. 9. pag. 2. y de Pedro Martinez, fol. 10. los quales deponen de vista, de que el dicho don Luys y don Francisco de Herrera, persuadieron al dicho don Tomàs, a que otorgasse la dicha escritura: y el dicho don Luys le amenazó, que si no la otorgaua, le auia de echar de su casa: y que resistiendose el, encerrados en vn aposento, le forçò el dicho su hermano a que la otorgasse, y que auiendolo hecho, le vierõ que salio del dicho aposento llorando el dicho don Tomás, y que le preguntaron, que porque llorava, y les respondio, que porque le auia fecho otorgar la dicha escritura. Con estos concurre don Ioan de Oualle, mem. fol. 10. pag. 2. que dize, que antes de otorgar la dicha escritura, don Luys riñò con su hermano, porque no la queria otorgar, y don Tomàs se fue en casa del padre

del

del testigo huyendo de la casa de su hermano, y que auiendo buelto en casa del dicho don Luys la otorgò, y se quejaua el dicho don Tomas, que le auian fecho otorgarla por fuerça: deponen asimismo don Andres Porcel, y don Francisco de Obregon, que el dicho dō Tomas estaua quejoso del dicho don Luys, y de don Francisco de Herrera, porque le persuadian a q̃ otorgasse la dicha escritura, y que le amenazauan; y que asimesmo despues de otorgada se quejaua, de que auian fecho que la otorgasse por fuerça; concurre prouança de fama y publicidad de confession del dicho don Luys, despues de otorgada la dicha escritura, que dezia, que tenia grauada la conciēcia, por auer hecho que su hermano la otorgasse por fuerça.

Num. 12. *Refierense los efetos q̃ resultan de las prouanças de don Tomas.*

Desta prouança resultan tres cosas. La primera, las amenazas del dicho don Luys. La segunda, el mal con que le amenazauan, que era el auerle de echar de su casa, donde le tenian alimentandole, y siendo el dicho don Tomas pobre, y estando al tiempo que otorgò la escritura enfermo, menor de 25. años, y el dicho don Luys Messia riguroso de condiciō, tal, que era muy prouable y verisimil que executara sus amenazas: esta causa induze miedo de constāte varon, vt infra dicetur. La tercera, que el dicho don Tomas se quejaua antes que otorgara la dicha escritura, de que le obligauan contra su voluntad a otorgarla, y que auiendola otorgado salio de su aposento lloroso, y quejandose de que le auian fecho otorgar la dicha escritura, que son protestaciones formales antes y despues del acto; y cada circunstancia destas está concluyentemente prouada de por si con dos y tres testigos, que como hemos fundado hazen plena prouança: Todas las quales dichas circunstancias, y cada vna dellas, con otras que

concurren, hazen indubitable la prouança del miedo, ex seqq.

Num.13. *Los testigos, cuyas deposiciones aunque sean diuersas, pudiẽdose juntar para prouar alguna cosa comun, se dizen contestes, y no singulares, y refierẽse otros medios de prouar el miedo.*

Lo primero, porque de las amenazas deponen quatro testigos, y aunque ninguno nombra al otro por conteste en ellas, cum eorum dicta tendant ad probandum factum certum, videlicèt, las amenazas non dicuntur singulares, sed contestes. Primò, quia testes quorum depositiones, licèt diuersæ possunt simul iungi, ad quid commune probandum dicuntur cõtestes, & non singulares, Bald. in l. de quibus, nu.37.ff.de legib. Anton. Petra, de fideicom. q.12.n.491. quos refert, & sequitur Farinac. de testibus, quæst.64. num.26. Secundò, porque los dichos testigos conuienen en vn mismo hecho de amenazas, & licèt non se allegẽt contestes, præsumuntur cõtestes, Anton. Gab. de test. concl.2. n.5. & 6. quem, & alios sequitur Farin. vbi supr. n.30. Tertiò, porque el hecho de amenazar, aunque sea interable, no es diuerso, respeto de las mismas personas, amenazante y amenazado, & sic non possunt dici singulares in suis depositionibus, Farin. vbi supra, n.31. Quartò, porque en este caso quando depusiera cada testigo de diferente acto, cũ tendant ad probandam vnam causam, & originem, aunque sean singulares hazen plena prouança, Felin. Gacial. Conrad. Aim. Crauet. probat Farin. vbi supr. n.159. Mogoll. c.10. § 3. num.8. Quintò, porque en este caso bastara la deposicion de vn testigo, con otros que depusierã de fama y oydas de las dichas amenazas, ad faciendam concludentem probationem, Farin. 2. p. fracment. liter. M. de probat. metus, n.170. dicens: *Vnus autem testis de visu vna cum fama, per plures testes probata metũ, plenè probat Bald. cons.162. visis actis, lib.4. prout illum refert, & sequitur Cardin. Tus. pract. concl. verbo, metus, conclus.*

224. n.11. *Alciat. de præsumpt. regul. 3. præ. 7. n. 5. in fin. vbi pariter dixit: metum probari per vnum testẽ iuncta aliqua præsumptione; Boer. decis. 101. n. 9. vbi de vnico teste, cum alijs deponẽte de auditu, Mascard. de probat. concl. 1053. n. 7. vbi idem dicit*; plures in id expendit Mogollon. in tract. de his quæ vi, c. 10. §. 3. n. 19. Hondedeo, cons. 29. n. 35. vol. 1. Sextò, porque lo mismo es prouar el miedo, q̃ la causa del miedo, Bald. in rubric. extra quod metus caus. & in d. l. interpositas, Angel. in l. metum, ff. quod met. caus. dicens: paria esse fieri aliquid per metum, vel per probabilem metus suspitionem, late Alex. cons. 99. n. 7. vol. 3. Paris. cons. 53. n. 57. vol. 3. Neuizan. cons. 46. n. 3. plures referens Thom. Sanch. de matrim. lib. 4. disput. 1. n. 17. Y como las amenazas, si son de mal que deue temer qualquier constante varon, es la misma causa del miedo, eodem modo procedit probatio in illis, quo procedit in ipso metu probando, quia metus nascitur ex ipsa causa metum inferenti, vt probant supradicti DD. Ex quibus satis fundatur dictas minas esse concludenter probatas.

Lo segundo, porque lo que las amenazas contenian, que es auer el dicho don Luys de echar de su casa al dicho don Tomas, que era menor, hermano obediente, pobre, que no tenia con que sustentarse en la ocasion que se hizieron, enfermo, de edad que no tenia mas q̃ 13. ò 14. años, en que no podia tener maduro consejo y deliberacion, para poder segun su calidad buscar la vida, denotando las dichas amenazas indignacion de vn hermano mayor, cabeça de su casa, y posseedor del mayorazgo de sus padres, empeñado, por obligacion que hizo, de que le auia de hazer ratificar la escritura de dote, y obligarse à la restitucion della, dependiente en todas sus acciones del dicho su her-

Num. 14. *Refierese lo que las amenazas cõteniã, y lo que cada vna de por si obra.*

hermano, verisimilmente pudo temer el dicho mal, que segun las dichas circunstancias, era de los mayores, que fuera del peligro de la vida, le podia suceder, quia vt inquit Thom. Sanch. lib. 4. disputatione quinta, numer. 24. in fine, metum viri constantis esse, quando timetur iactura, propter quam vitam sustentare non valeat. Y aun en esto se atrauessaua e interuenia este peligro: porque estando enfermo, y sin el socorro que el dicho su hermano le hazia, le pudiera temer; mayormente, que como dize vn testigo, memor. fol. 19. pag. 2. era el dicho don Luys de tan mala condicion, que lo maltratara si no otorgara la dicha escritura: y en el estado de enfermo, bien se pudiera temer este peligro, y quando verisimilmente se teme la indignacion de persona a quien se deue respeto y reuerencia, aũ sin sospecha de otros mayores males, como aqui los pudo auer, y sin que interuẽgan amenazas, se tiene por miedo bastante a mouer qualquier constante varon, vt eleganter ex pluribus comprobat Thom. Sanch. lib. 4. de consensu coact. disput. 6. a nu. 11. cum seqq. vbi n. 14. notabilia verba subiungit, ibi: *Si enim timeret probabiliter diuturnam fore indignationem, & semper se habiturum patrem, aut virum, valde infestum & indignatum obiecturumque passim illam innobedientiam crediderim esse timorem cadentem in virum constantem, quis enim vir constans, aut prudens non reputabit graue malum semper coram oculis habere in forsum patrem, aut virum, aut alium a quo pendet, & eum quo semper versaturus est, maximè cum vix inuenias qui linguam moderari valeat, ne male sentiat, peiusque loquatur de eo, cui infestus est, & confirmatur quia vir prudens, ita graue hoc existimat, vt potius eligat relicta patria domoque paterna, exul esse, quod graue malum disputat. præcedent. n. 8. esse diximus*. Y si en el padre que suele ordinariamente vsar de mayor

piedad

piedad con sus hijos, vt ipse Sanch. vbi sup. n.8. notat, procede esto con quanta mayor razon en vn hermano, obligado al cumplimiento de la capitulacion, instado de su muger, y suegro de seuera condicion, se pudiera presumir, y tener mayor indignacion, vt hæc haberetur pro sufficienti causa metus cadentis in cōstantem virum.

Num. 15. *El miedo que obligò a dō Tomàs otorgar la escritura de fiança esta coadjuuado con muchas presunciones del derecho, refierese cada vna, fundandola en particular.*

Lo tercero, porque este miedo y fuerça està coadjuuado con muchas presunciones del derecho, que ellas de por si induzen prouança de miedo. La primera, porque todas las vezes que vn contrato de obligaciō se haze sin causa que obligue al que lo haze concerniente a su propio interesse; y no necessaria respeto del que la haze, se presume mas facilmente que es hecha cō dolo y miedo. Roland. a Vall. cons. 100. nu. 112. vol. 4. ibi: *Secundo respondetur, quod renuntiatio dicitur celebrata per metum, quia facta nulla subsistente causa, quo casu communiter apud DD. receptum est, quod vbi remittitur, aut aliquid fit, quod non est verisimile fieri metus præsumitur, &c.* Bald. in d. l. interpositas, C. de trans. & cons. 204. vol. 3. per tex. in c. solicitè, de restitut. spoliat. & ex plurium DD. resolutione, Crauet. cons. 49. nu. 4. vol. 1. quem refert & sequitur Mogoll. in tract. de his quæ vi, §. 7. n. 11. c. 2. ex pluribus Honded. cons. 29. n. 32 vol. 1. La segunda, porque de auer otorgado el dicho don Tomás la dicha escritura, estando enfermo, nace presuncion de miedo, a lo menos haze quod sufficiat minor metus ad annullandum, vel rescindendum contractum, quia infirmus æquiparatur existenti in vinculis, cap. quamuis, de procurat. lib. 6. ibi: *Egritudine, aut vinculis,* Mantic. in tract. de coniect. vltim. lib. 2. c. 7. n. 4. Mogoll. vbi sup. c. 2. §. 5. n. 10. La tercera, porq̄ auiēdo lesiō en el cōtrato, tan enorme (como se fundarà q̄ la huuo en la dicha obliga-

cion) junto con el miedo reuerencial, vt inferius dicetur, resulta tambien presunció de miedo, aunque no huuiera amenazas, Curt. iun. conf.126.nu.5.verf.Ex alio etiam,lib.2. Rimin. iun.qui de communi testatur, conf.404. n.58. & seq.lib.4.post plures, Menoch.præsump.127 n.14.lib.3.Mafcard.concl.1051.n.15. & 27. vbi etiam de communi, Aretin.conf.24.& in cap. in præsentia,n.9.de probat. Neuizan. conf. 22. n.21.Cephal.conf.62.n.29.& 30. Couarr. lib.4. c.3.§.6.n.4.Menoch.conf.1.n.493.lib.1. & arbitrar.centur.2.casu 136.n.6.hos & alios plures cógerens, Honded.d.conf.29.num.42. cum seqq. Surd.decif.194.n.29. La quarta, porque no se puede dudar de la concluyente prouança que ay, de que el dicho don Tomás se quejaua antes del contrato, de que el dicho su hermano le obligaua a hazer la dicha escritura, que es vn genero de protestacion, que justifica la prouança del miedo, y induze presuncion del, hora sea antes, hora despues del contrato: y la prouança de don Tomas concluye lo vno y lo otro, Alciat.conf.367.n.10.ex communi Berol.conf.35 n.2.vol.1.Deci.in c.fin.n.5.de appellat.Honde. d.conf.29.n.38.præcipuè,ibi: *Et etiam parum ante renuntiationem conquestam fuisse, quod contra propriam voluntatem a patre inducebatur ad renuntiandum, quæ probatio valde metum iustificat, secundum Crauet.conf.461.num.12.lib.3.& quod probatio ista etiam subsequentium verborum metum iustificet, post Alciat respons.5.nu.8.verf.Secundo concurrit, Crauet.& Deci.dixit, Menoch. d.præsumpt.126. nu.23. &c.* eleganter Farinac.tom.1.decif.643.n.17. in nouissimis omnino vidédus. La quinta presuncion es, considerar, que el dicho don Luys estaua obligado por las capitulaciones matrimoniales, a hazer que el dicho su hermano otorgasse la dicha escritura; y es preciso que se entiéda

que

que haria todo lo q̃ pudiesse para cumplir con su obligacion, pues mediante el cumplir el dicho don Luys, le auia de assegurar el dote que le prometio su hermano de la dicha doña Geronima: y consta, que despues confessó extrajudicialmente, que auia fecho la dicha fuerça a su hermano, y que tenia grauada la conciencia, ex quo metum illatio grauari, affirmat Farin.decis.643.n.18.nouissim.tom.1.ibi: *Quartò, videtur etiam cõfessio extraiudicialis eiusdem Philippi, de metu per eum illato dum se iactauit, quod sua opera contractum fuerat huiusmodi matrimonium, vt in summario Emanuelis, num.15. ex qua patet, quod Emanuel non exponte contraxerat, sed quod Philippus armatus induxit causam iusti metus; vt in simili dixit Cæpol.d.cons.ciuil.20. sub n.7.vers.Octaua coniectura.Petr.de Barb.d.cõs.24.sub n.10.vers.Hoc cõstat.*
La sexta, porque de la prouança resulta, que quando don Tomas salio del aposento de otorgar la dicha escritura, salio lloroso y quejoso, q̃ le auian hecho que la otorgasse contra su voluntad: *Ex quo maximam insurgit metus coniecturam, seu præsumptionem, probat Cæpol. cons.2. ciuil. vers. Sexta coniectura; Menoch.de præsump. lib. 3. præsump.4.n.9. Petrus Barb. cons.24.n.22. vol.1. Mascard.de probat.concl.1055.n.47.*

Y es de poca consideracion lo que se opone contra las prouanças, que los testigos dixeron que era de 12. ô 14. años el dicho don Tomas, y que tenia 18. quando hizo la escritura; porq̃ el derecho solo considera el ser menor de 25. años, y los testigos no deponen principaliter sobre la edad, sino sobre el miedo, y sus dichos se pueden referir al tiempo antecedente, desde que don Luys se casò, hasta que se otorgò la escritura; y lo sustancial de la edad era el ser menor de 25. años, y no consistia en que fuessen 15. ô 18. & sic, aunque ouieran depuesto q̃

tenia aquellos, y no mas (principalmente no auiendolo dicho asi) no se diminuia de su credito, vt ex communi vera, & recepta Doctorum sententia, probat Farin. de testib. q. 67. n.179.

Y tantas conjecturas juntas con tã concluyente prouança, faciunt rem indubitabilem, Alciat. in l.cum posteá quam, C.de pact.quem refert, & sequitur Honded.d.cons.29. n.22. & seqq.

Num.16.
Refierese vn lugar en terminos decisiuo deste caso.

Y cierto, señor, que atendiendo a la verosimilitud que en este caso de miedo se deue atẽder, vt post Bald. cons. 364. n.5. vol. 3. dixit Crauet.cons.49.n.5. lib.1. Farin. d. decis. 643. n.19. no sabemos en que negocio pueda auer tan gran verosimilitud como en este, induzida de tantas prouanças y conjeturas, que parece q̃ sacan el negocio de disputa: como en los mismos terminos, diziendo auerse juzgado ser ellas en fauor de vn hermano menor, aunque de 25. años, que fiò en la dote a su hermano mayor, posseedor de mayorazgo, las considera el señor don Iuan del Castillo, lib.6.quotidian. contro.c.168.§.vnico, n.40. omnino vidẽdus: y asi entendemos, que en su animo de V.m. no pueden dexar de obrar persuasiõ y credito, de que la dicha escritura se otorgò con miedo bastante a mouer qualquier constante varon.

Num.17.
Que estando prouado el miedo, el juramento no sana la nulidad del contrato.

De que se sigue, que estãdo prouado el miedo, bastante a mouer qualquier constante varon, sin embargo de que la dicha fiança y obligacion que hizo el dicho don Tomas estè jurada, no se sana la nulidad del contrato, ni obliga el juramento a su cumplimiento, c.quamuis pactum, de pactis, in 6. c. cum contingat, de iur.iur.c.licèt mulieres, eod. tit. lib.6. d. auth. sacramenta puber. C. si aduersus vendit. Abb.

in

in d. cap. cum contingat, num. 3. late probans hanc conclusionem, Boerius, decis. 100. n. 14. Villalob. comm. opinio. liter. I. num. 140. Roland. consi. 57. num. 55. vol. 3. Serafin. de priuileg. iuram. priuileg. 61. nu. 19. Thusc. pract. conclu. 511. nu. 58. & conclus. 524. num. 126. verbo, iuramētum, Serafin. Oliuar. decis. 771. n. 14. & ibi additio litera. G. Farinac. de falsita. q. 160. n. 98. plura in id congerens, & 2. par. fracment. verbo, iuramentum metu, aut dolo extortum, n. 1270.

En tanto, que aunque sigan la opinion de los Canonistas, para contrauenir al juramento sea necessaria relajacion; segun la opiniō de los Legistas no es necessaria, y se puede contrauenir, sin incurrir en pena de perjurio, vt copiose locis supra citatis, probat Farinac. per totū fracmen. in terminis dom. don Iuan del Castillo, lib. 6. quot. c. 168. §. vnico, nu. 43. cum seqq. vbi plures recenset huius sentent. author. Porque el miedo excluye el consentimiento en que se deue fundar el juramento para que obligue, & nō dicitur interpositum super actu vero; nec sanat nullitatem, nec causat obligationem: y asi la fecha por el dicho don Tomàs por esta causa, es nula y sin consistencia alguna, ex defectu consensus metu extorti.

Num. 18. *Y esto procede, aunq̄ no aya relajaciō, porque sin ella se puede contrauenir.*

Secundus Articulus.

CONclusiō es cierta, que el hermano menor deua respeto al hermano mayor, y se induzga del vno al otro, miedo reuerencial, quando concurren las circunstancias q̄ le prueuan, ex pluribus probat Tiraquel. de legibus connub. glos. 5. c. 26. & in præfat. de primog. n. 139. cum seqq. Socin. cons. 263. vol. 2. n. 3

Num. 19. *El hermano menor deue respeto al mayor.*

Crauet.conf.49.n.2.vol.1. Auend.in l.4. tit.de las excepciones,n.31.verf.Et in ifta, vbi alios refert Matienz.in dialog.relatorum,3.p.c.30.n.6. Padill.in d.l.interpofitas, nu.21. Azeued. in l.1. tit.21.lib.4.recop.n.193.& hoc maxime procedit,quãdo frater minor habitat in domo maioris,& ab eo fubftentatur,Aretin.conf.24. nu.5. plures refert dom.Molin.de primog.lib.3. cap. 3.n.4.Ioan.Gutier.conf.16.n.17.Thom.Sanch. de matrim.difput.6.n.32.lib.4. vbi plures in id refert Farinac.2.p. fracment. de metu reuerentiale,n.122.

Num. 20. *Quãdo cõcurre miedo reuerẽcial y enormifsima lefion, aunq̃ no aya amenaças, ni miedo que cayga en cõftãte varõ, bafta para inducir prouãça de miedo.*

Tambien lo es,que en los cafos que concurren miedo reuerencial,y enorme,o enormifsima lefion,aunque no aya amenazas, ni miedo que cayga en conftante varon,ex folo metu reuerentiali, iuncta enormifsima lefione inducitur probatio metus fufficientis ad refcindendũ contractum, ita ex infinitis ibi congeftis probat Farinac.d.fracment.de metu reuerent. nu. 120.cum feqq. que porque es tan copiofa alegacion, de muchos que refieren efta por comũ y verdadera opinion, y los que alega refieren otros muchos Doctores,difputando la queftiõ latifsimamente,nos contentamos con ella.

Num.21. *El contrato celebrado con miedo reuerẽcial, y enormifsima lefiõ, no fe confirma con el juramento.*

Y en tanto procede,que el juramento del cõtrato celebrado con miedo reuerencial y enormifsima lefion,etiam fi mine nõ interuenerint, no fe confirma con el juramento, pluribus hãc conclufionem firmat Farinac.2.p.fracmen.verbo,iuramẽtum, confirmet contractum in quo iurans,fuit enormifsima lefus,n.1282.præcipuè n.1285.1286.& 1287.omnino videndus.

Ponderafe fi dõ Tomas fue lefo enormiffimamente en hazer la fiança. Refierefe vna opoficion de doña Geronima

La dificultad eftà en aueriguar, fi el dicho don Tomàs fue lefo enormifsimamente en hazer la dicha fiança; y la parte de la dicha doña Geronima dirá,que no, aunque al tiempo que la hizo eftè prouado, que el dicho don Luys

Mefia

Mesia su hermano non erat soluendo, para lo qual pondera a Mantic.de tacit.& amb.côuen. lib.16.tit.4.n.2.a Bertrand.Gratian. Surd. Hieron.Gabr.Cefalo,y otros, que mouidos con el argumento,de que la donacion jurada, fecha por el menor,etiam cum enormi lesione,nõ est in casu recisionis,estienden esto a la fiança jurada, hecha por el menor, para que de ninguna manera se rescinda.

Num.22.
El menor en solo fiar dicitur lesus.

Pero esta opinion;tam in donatione, quam in fideiussione,no es verdadera: y para la respuesta della presuponemos,que en la fiança q̃ vn menor haze eo ipso,dicitur lesus, l.de die, §. 1.ff.qui satisda.cogan.l.ait Prætor, §.nõ solum, ff.de minoribus,l.Titius & Seia,ff.de fideiussor. l.1.C.de filio fam.minor.cum fidei iubens dicatur malè vti substantia sua,Ias.in l.qui pecuniã, n.1.ff.de pact.Socin.iun.cons.47.n.7.lib.4.Marant.cons.39.n.14.& cons.102.nu.12. Bertazol. cõs.39.n.19.Ering.de fideiussor.c.10.n.11. quos refert Stephan.Gratian.[illegible] de restitut.c.234.Sforc.Odd.de in integ. restit. 2.p.q.54.art.3.per totum.

Num.23.
Quando demas de la lesion que se induçe de fiar, concurre lesion enormissima: el contrato, assi respeto del mayor como del menor, es [illegible], y no lo confirma el juramento.

Y aunque ex eo quod minor fidei iubendo, dicatur lesus,quando en la fiança interuino juramento,se le impide el remedio de la restitucion: porque esta lesion que nace de solo fiar, abstrae de calidad grande,o pequeña; ad verò, quando vltra hanc lesionem, quæ ex ipsius fideiussionis actu resultat,concurre prouança de enormissima lesion el contrato, tam respectu minoris,quam maioris,es nulo, y no lo confirma el juramento,como tampoco no confirma la donacion,en que interuino enormissima lesion. Y en este sentido resoluio la question Mãtica,alegado por la parte contraria, en el lib.16 tit.4.n.2.ibi: *Cui obiecto respõdetur,&c.* Et ibi: *Sed ex eo solum,quod debitor non sit soluendo.* Et ibi: *Nã*

maior,

maior, etiam in integrum debet restitui, si enormissimæ sit lesus, si præstiterit iuramentum: vbi in id plures expendit: y en estos terminos resoluio la question, Sforcia Odd.2.p.de restit.q.54.art.8. n.33 & seq.dicens: *Modico dico, quod si minor qui fideiussit est in tale damno putà, quia non potest conseruari indemnis in aliqua parte ab ipso debitore principale, vel si non in totali, saltim in maxima quantitate adeò, vt enormiter, siue enormissima lesus dicatur, debet restitui, etiam si iurauerit non contrauenire, quia iuramentum non tollit beneficium restitutionis, vbi adest enormis lesio, quia dolus præsumptos ad esse creditur, qui eneruat vires iuramenti, vt plenissimè dixi post infinitos, in d. authent. sacramenta, & tractat. iuramenti, qui post istum imprimetur Deo fauente, vbi de communi, & magis communi apparebit in hoc puncto, ita famoso & dubio, & hoc modo lesus erat dom. Iulius, de quo supra pro quo ego consului & obtinui, & hoc modo procedit secunda opinio.* Eleg.decis. Farinac. decis.709. tom.2.nouissim.n.3.dicens: *Verum enormissima lesio visa fuit dominis apparere ex eo quod summa pro qua Antimus pro patre fideiussit est ingens, & sperare, non potest releuationem quidquid ex aduerso diceretur, cum pater facultatibus lapsus sit, & fideiussores notoriæ sint non idonei, hoc enim modo probatur enormissima lesio in fideiussione, iuxta opinionem Rotæ, & Socin.iun.cons.47.n.9.vers. Etenim fuit, & seqq. nu.4. cum alijs cummulatis a priori decis. in vers. In proposito. Pereg. idem tenens, cons.77. sub n.17. in princip.*

Num.24. *Respondese a la oposicion de doña Geronima, y a los Doctores cō que la prueua.*

Y el fundamento que hazen los de la contraria opinion, en el argumento de la donacion, en que interuiene lesion enormissima, cōuincitur ex traditis a Sforc.Odd.2.p.q.58.art.2.n.2. vbi n.23.inquit: *Nec obstat tunc, quod in donatione non possit considerari, nisi lesio excessiua, quia immo habitu, respectu ad quantitatem sui patrimonij & donationis a se factæ, vel ad qualitatem donatarij, & quantitatem donationis lesio dicitur modica, licet minor in to*

to, eo quod donabit dicetur damnum & dispendium sentire, vt dixi art. praecedenti, & etiam sup. q. 4. art. fin. Ex communi resoluit Anton. Thesa. decis. Pedem. 66. n. 2. ibi: *Nisi simus in enormi lesione & euidenti, ita vt donet sine causa & re propria se expoliet, nam tunc accedente enormi lesione in minore, communis videtur esse sententia vt restituatur, non obstante iuramento, Crauet. cons. 11. n. 12. lib. 1. Ioan. Maur. in tract. de restit. in integrum, c. 123. & 211. in fin. Alciat. cons. 107. n. 11. Roland. cons. 59. nu. 25. & seqq. lib. 1. Casiad. decis. 1. tit. de emptio. & vendit. etiam si essemus in contractibus geminatis, vt late per Capici. decis. 159. n. 32. & seqq. & ita semper vbi casus cótingit obseruabit sine vlla difficultate Senatus, sed tunc tutum erit iuramenti absolutionem impetrare, vt per Grammat. decis. 66. Afflict. decis. 220. nu. 9. Boll. d. tract. c. 115. & 119. n. 11.*

Lo qual se confirma, con que quando vna muger fia a su marido, etiam cum iuramento, si enormiter ledatur, non consistit obligatio, vt ex pluribus comprobat Thesaur. decis. Pedem. 223. n. 9. Zabale. com. contr. q. 727. a n. 3. cũ pluribus seqq.

Num. 25. *Si vna muger fia a su marido, y en ello es lesa enormissimamente no consiste la oblagacion.*

Y no se puede dar razon de diferencia, porq̃ el contrato de la fiança de la muger, aunque sea jurado, si enormiter lesa sit nullus, factus vero a minore validus, cum ita prohibeatur a iure alienatio minoris, quam obligatio mulieris.

No ay razon de diferẽcia entre el contrato de la muger y del menor, quãdo se les causa enormissima lesion.

Y no se puede dudar, que las causas de enormissima lesion, por los DD. referidos, consideradas para anular la obligacion del menor, etiã facta cum iuramento, concurren en la obligacion que el dicho don Tomàs hizo: porque a la cantidad a que se obligò, fueron diez mil ducados, no teniendo entonces, ni oy, fuera del mayorazgo, bienes algunos: y no auiendo bienes del dicho don Luys, de que poder quedar releuado en todo, ni en parte, de la dicha fiãça, que

Num. 26. *Considerãse las causas q̃ inducen lesion enormissima por auerse obligado don Tomàs.*

le fue tã nociua, que cõ auer mas de ocho años que heredó el mayorazgo, por muerte del dicho don Luys, no ha conſeguido del bienes algunos, antes le ha obligado la dicha fiança, a viuir fuera de ſu patria, y eſtarſe alimentando cõ los bienes de la dote de ſu muger, que en la mayor parte eſtan conſumidos: cauſas, que quãdo todo penda del juſto arbitrio de V.md. y de los ſeñores Iuezes (como algunos reſueluen) no pueden dexar de mouer el ſentimiento, para tenerla dicha fiança por de enormiſsima leſiõ.

Num.27. *Refiereſe la opinion del ſeñor dõ Iuã del Caſtillo, q̃ ſiguiò la opinion afirmatiua.*

Cæterum, quando ſe inſiſta contra eſta verdadera reſolucion, diziendo, que los que tienẽ la contraria, la alegan tambien por comũ, y ſon de graue autoridad, y no prepondre la verdadera opinion que hemos referido, que es mas comun, vt eleganter conſiderat dom. Ioannes del Caſtillo, reſpondens authoribus pro contraria adductis, lib.6. quotidianarum controuerſiarũ, c.168. §. vnico, n.37. & 38. concors eſt omnium ſententia de los vnos y de los otros, que quando interuino maquinacion, perſuaſiones y dolo, para que ſe otorgaſſe la donacion, o obligacion, etiam ſine enormiſsima leſione cõtractus eſt nullus, & non firmatur iuramento.

En eſte pleyto huuo maquinaciõ, perſuaſion, amenaças, y leſion enormiſsima.

Y en los terminos deſte pleyto no ſe pueden negar la maquinacion, la perſuaſion, las amenazas, la leſion enormiſsima, la reuerencia y reſpeto a ſu hermano mayor, la conſideracion de no perder los alimentos que recibio don Tomàs, el temor de la indignacion de ſu hermano mayor, el peligro de la enfermedad en que ſe hallaua; circunſtancias, que qualquiera dellas baſta, para juſtificar la pretenſion del dicho don Tomàs.

Num.28. *Opone doña Geronima, que don Tomàs intenta fuera de tiẽpo eſta demanda.*

Opone la parte de doña Geronima contra lo ſuſodicho, que el dicho don Tomàs Meſia intenta fuera de tiempo eſta demanda: porque

para

para rescindir el contrato que hizo, tiene necessidad de restitucion, y que passado de la edad de veynte y nueue años, no la puede pedir.

Esta oposicion es de poco, o ningun fundamento, y se responde lo siguiente.

Num. 29. *Primera respuesta desta oposicion.*

Lo primero, que como queda aduertido suprá, num. . . . . ay muy gran diferencia del contrato que es nulo, a del que vale, y se puede rescindir: porque en el contrato que es nulo (como este lo fue) no ay necessidad de restitució: porque siendo celebrado sin autoridad del curador, obligando bienes rayzes, auiendo interuenido miedo, dolo y enormissima lesion ipso iure, non subsistit, neque confirmatur iuramento: y assi es superfluo el remedio de la restitucion, text. in l. in causæ, la 2. in princip. ff. de minorib. l. 2. C. ex quibus caus. maio. l. 2. C. in quibus caus. in integ. restit. non est neces. probat Beroi. cons. 89. in fin. lib. 1. Sforc. Odd. de in integr. restit. 1. p. q. 17. art. 7. n. 62. vsque ad 65.

Num. 30. *Segũda respuesta, q̃ por auer estado don Tomàs en la guerra no à corrido prescricion, antes tuuo sus derechos cõseruados y ilesos.*

Lo segundo, porque el transcurso de tiempo, obra en fuerça de prescripcion, y contra dó Tomàs Mesia no puede auer corrido: porque está concluyentemente prouado, que ha estado en seruicio de su Magestad en Flandes, donde ha sido soldado y Capitan de Infanteria, y el ausencia por esta causa, le conserua todos sus derechos ilesos, por el beneficio de la restitucion que tiene pedida, l. 3. ff. de restitut. milit. l. militis, & l. si qua militi, & l. 1. ff. ex quibus caus. maior. & probat Iacob. de Rabena, & Cin. Bal. Alciat. Roman. Paul. de Cast. quos refert & sequitur Sforc. Odd. in tract. de in inte. restit. q. 6. 1. p. art. 6. n. 18. De que se sigue, q̃ ni ha corrido tiẽpo para impedir la restitucion, ni para auer prescrito derecho alguno contra el dicho don Tomàs: porque aunque se huuiesse de contar el tiempo del ausencia (que como está dicho,

no puede auer corrido dum fuit in expeditione, y viuio don Luys, con que durò la misma causa del miedo) no passaron desde el otorgamiento, que fue por Agosto de 596. memor. fol.4.al de la demanda, que fue año de 621. memor.fol.1.treynta años, que son necessarios para prescriuir qualquiera de las acciones, intentadas por el dicho don Tomàs, l. si vel metu, C. de eo quod met. caus. iunctis glos. verbo, lōgè, & verbo, munitus, cum traditis a Tiraquel. de vtroque retract.1.par.§.1.glos.10. sequitur Sarmient. lib.2.selectar.c.8. glos. notabilis, in l. sicut, in princ.C.de præscrip.30.vel 40.anno. verbo, persecutione, de quo videatur, Balb.in trac. de præscrip.4.p.quartæ part.principalis, quæst. 30.per totam.

Que son necesarios 30. años para prescriuir qualquiera accion de las intentadas por don Tomàs.

Tertius Articulus.

Num.31. *Que no se puede dar fiador de dote restituenda, y que esto no se puede renunciar.*

Cierta es la conclusion, y textual, de que el menor, ni el mayor no pueden ser fiadores de dote restituenda: porque les està prohibido por la l.1. & 2.C.ne fideiu.dot.dent. Y este derecho es prohibitorio y introduzido, principaliter ob publicam vtilitatem, licèt secundario resultet in priuatam vtilitatem, vt communiter resoluūt DD. ibidem, y otros muchos que alega el señor don Ioā del Castillo, lib.6.quotidian.c.168.§.vnico, a nu.1. Y que este derecho, como prohibitorio por publica vtilidad, no se puede renunciar por personas particulares: y asi, qualquiera acto que se haze contra la prohibicion, es nulo ipso iure.

Num.32. *Oposiciones de doña Geronima.*

La parte de doña Geronima, para excluyr la nulidad que se causò de la fiança, otorgada por don Tomas Mesia de Azeuedo, se vale de dos medios.

El

El primero, dezir, que quando este derecho prohibitiuo se renuncia con juramento, como el dicho don Tomas lo renunciò, vale la renunciacion, y se sana la nulidad de la fiança, etiam de dote restituenda: en comprouacion de lo qual alega algunos Dotores que tienen esta opinion.

Prima oppositio. Quando el derecho prohibitiuo se renūcia con juramento, vale la renūciaciō.

El segundo es dezir, que don Luys Messia de Azeuedo, hermano del dicho don Tomas, ofrecio voluntariamente la dicha fiança, y que la ley no imprueua este caso, sino quando se le pide al marido que la dé.

Secunda oppositio. Que don Luys ofrecio la fiança voluntariamente.

Ambos medios obstan poco a la justicia del dicho don Tomas. Al primero medio se responde.

Num. 33.
El remedio del titulo, C. ne fideiussor, es necessario que se renuncie especialmēte, y don Tomas no lo renunciò.

Lo primero, que el remedio del dicho titulo, C. ne fideius. dot. dent. no está renunciado por el dicho don Tomas; y aunque se pretende que está incluydo este remedio en las palabras generales, en que jurò de no pedir restitucion por menor edad, ni por otro derecho que le competa, estas palabras no pueden comprehéder las cosas que de derecho se requiere que se renuncien especialmente, vt eleganter considerat Dom. Ioan. del Castill. d. lib. 6. quotid. contro. c. 168. §. vnico, num. 11. hisce verbis: *Qui antea num. 158. generaliter statuerat cum alijs multis renuntiari, non posse legi prohibitiuæ, etiam si partes in id expresse consentiant, quod verissimum est, & multo fortius procedit quando renuntiatio generalis fuisset, nec specifica dictarum legum 1. & 2. renuntiatio interuenisset, specialis namque renuntiatio vbi requiritur generalis, non sufficit, nec remedium lege introductum tollit, sicut Bartol. docuit, in l. 67. §. item, ff. de cōd. inde bit. & sequuntur Iass. in §. fuerat, n. 77. inst. de action. Couarr. var. lib. 2. c. 4. n. 1. Tiraq. in præfat. l. si vnquam, n. 127. Osasc. decis. Pedem. 112. n. 5. Gail, obseruat. 77. lib. 2.*

Num.34. *Aunque sea cierto q̃ este derecho se pueda renunciar con juramento, esto se ha de entender quando se sigue pecado por el quebrantamiẽto del juramento.*

Lo segundo, porque aunque es recibida y comun opinion, que este derecho prohibitiuo se puede renunciar con juramento, vt ex communi resoluit Ioan.Gutierr.1.p.de iuram.confir.contra Bartol. & aliorum resolutione tenẽtium, etiam cum iuramento non posse renuntiari, c.21.n.14. esto se ha de entender quando se atrauessasse materia de pecado por el quebrãtamiento del juramento, en que se ha de guardar el derecho Canonico; pero quando cessa esta razon, por auerse pedido relajacion, y no interuenir materia de perjuro, no se puede renũciar, ni vale la renunciacion, vt eleganter considerat Stephan.Gratian.discept.725. n.4. iũcta declaratione quam ad hoc affert, discep.233. á n.43.cum seqq.

Num.35. *Interuiniendo en el acto de fiança dolo, persuasiones, o enormissima lesiõ y miedo, el cõtrato es nulo*

Lo tercero, porque donde interuiniere en el acto de fiança algunas persuasiones, miedo reuerencial, dolo, o lesion enorme, o enormissima, indistintamente procede la opinion de Bart.vt eleganter considerat in terminis Dom. Ioan.del Castill.d.lib.6.c.168.n.12. ibi: *Quando autem ad renuntiandum metus reuerẽtialis, eius cui maxima debita sit reuerentia, aut cuius inimicitia timeri possit, & nimis nocere nimiavè persuasio, aut suggestio, vel dolo, aut fraude, aut extorsione inductus, quis fuerit ad fideiubendum in proposito nostro, siuè enormissima lesio, & patrimonij, substantiæ vè iactura, aut aliud simile, simul concurrisset forsam in actu practico, & in vsu forensi, Bart.opinionem obtenturã, & relaxationem iuramenti iustis de causis, sine aliqua ex prædictis, aut alia simili, qua liber omnino consensus fideiubentis excludatur, siuè cessare videatur concedendam fore arbitramur, item adstringere eaq; Guidon Pap. & Eringius, in locis nunc relatis considerarunt, & iuramenti partis essentiales, & comites, ex causis prædictis resistẽtiam facere fideiussioni metipsi, cum ergo casus se offerat maturo iudicio, & in genti cõside-*

ſideratione res hæc erit definienda, atque terminanda, iudicijsque prudentis arbitrio pro qualitate rerum, & perſonarum, & alijs circunſtantijs, quæ occurrant multum valebit iuramenti vim, & religionem maximam eſſe ſemper profitemur, illudque pro ſalute animæ ſemper ſeruandum vbicumque ſeruari valeat, & ſacri Canones ſtatuerunt à contractibus, tamen & iuramento ipſo metum, dolum, fraudem, ſimulationem, ſuggeſtionem, & extorſionem, quæ & nimia perſuaſio dicitur eius, maxime cui reuerentia debetur, vt latius annotabi, & probabi in commentarijs, lib. 3. c. 1. &c.

Num. 36. *Don Luys no ofrecio voluntariamẽte la fiança de don Tomàs, ſino por eſtar obligado por las capitulaciones.*

Al ſegundo medio ſe reſponde, que el preſupueſto deſte medio, videlicet, que don Luys Meſia de Azeuedo ofrecio la fiança eſpontaneamente, es falſo: porque por la eſcritura de capitulaciones conſta, que fue contrato entre partes, y que quedó obligado el dicho dõ Luys a dar por fiador aldicho ſu hermano: y deſpues por la eſcritura de concordia que hizieron en el pleyto ſobre el Abito, ſe obligò de nueuo a dar la dicha fiança, como ſe haze relacion en la eſcritura della: y auiendola dado en execucion de obligacion, no ſe puede dezir que fue voluntaria, cum obligatio ſit vinculum iuris quo neceſsitate adſtringimur ad aliquid dandum, vel faciendum, ex vulgatis: y eſta neceſsidad ſe opone ex diametro, al acto eſpontaneo que preſupone eſte medio.

Num. 37. *Que quando la fiança huuiera ſido eſpõtanea, corria la miſma razon.*

Inſuper, quando huuiera ſido eſpontanea la dicha fiança, aunque es aſsi, que algunos Doctores que refiere el ſeñor don Ioan del Caſtill. d. §. vnico, c. 168. lib. 6. n. 13. tuuierõ, que no procedia la diſpoſicion de la l. 1. & 2. C. ne fideiuſſ. dot. dent. la contraria opinion es verdadera y comun, y la defienden y ſiguen infinitos Doctores, que refiere el dicho ſeñor don Ioan del Caſtillo, vbi ſup. d. n. 13. verſ. E contrario tamẽ, que porque es lugar tan copioſo, y ſatisfaze a

los

los Doctores de la contraria opinion, nos contentamos con solo alegarle, y nos pudieramos contentar para toda la materia tratada en este papel, con referirnos a todo el dicho §.

Num. 38. *Opone doña Geronima que don Tomàs le dio poder para cobrar, y assi fue visto ratificar.*

Contra todo lo dicho opone la dicha doña Geronima el vltimo refugio de sus fundamentos, que es pretender, que quando la dicha obligacion y fiança tuuiera los defetos que se han considerado, estos cessan con auer el dicho don Tomàs dado poder a la dicha doña Geronima, para que cobrasse cierta partida por quenta de su dote, como fiador del dicho su hermano, cō que dize, que auiendo muerto el dicho su hermano, y cessado la causa del miedo, y siendo ya mayor, hizo este acto, que induze ratificacion de la obligacion, y quedò purgado el miedo.

Num. 39. *Si la oposiciō mira a la fiāça de dote restituenda, siendo nula no se pudo ratificar.*

Si esta oposicion mira a la causa de auer sido fiador de dote restituenda, y esta obligaciō no valio mero iure, ni la validó la renunciacion y juramento que se pretende: claro està, que respeto desta causa, como ni se pudo obligar, no puede obrar la ratificacion obligacion, contra derecho prohibitiuo, y que la anula.

Num. 40. *Que todas las vezes q̄ se puede atribuir el acto a que no obre renunciacion de derecho que competa, se ha de entender no renunciado.*

Si mira a todos los defetos generalmente, se ha de presuponer vna regla, que es, que todas las vezes que se puede atribuyr el acto a que no obre renunciacion de propio derecho que competa, no se ha de entender que se aprouó: porque la renunciacion ha de constar clarè, & certè, Menoch. cons. 1131. n. 5. lib. 12. Ioan. And. & alij, in c. accedētes, de priuileg. Deci. in l. eius per errorem 53. nu. 2. ff. de reg. iur. Crauet. cons. 678. n. 9. lib. 4. quos refert & sequitur Gratian. discep. 247. n. 42. & 43. in terminis, Roland. cōs. 4. vol. 1. a n. 91. & seqq.

Num. 41. *D. Tomàs pudo dar el dicho poder, como*

Hoc supposito, el dicho don Tomàs pudo dar el dicho poder, como sucessor del mayorazgo, que en virtud de facultad Real estaua obligado

gado a pagar cierta cantidad de dote: y en esta dicha cantidad, aunque el era perjudicado, porque pagaua de lo que le pertenecia, como en esta cantidad tambien cayò la fiança, pudo sin animo de ratificar, dar el poder para que se cobrasse aquello q̃ precisamente se auia de pagar.

sucessor en el mayorazgo de su hermano, que con facultad estaua obligado a 5. mil ducados.

Secundò, teniendo atencion a la opiniõ que queda referida de los Doctores, que tienẽ, que aunque el contrato nulo, en que interuino miedo, o enormissima lesion, no lo valida el juramento, toda via es necessario para contrauenirle, pedir absolucion, ex traditis a Farinac. 2. par. fracm. verbo, iuramentum, n. 1273. vbi hãc opinionem tenentes refert pudo muy bien el dicho don Tomàs, sin que se entienda que quiso aprouar el dicho contrato, pagar como fiador ad obseruantiam iuramenti, non ad approbationem contractus: porque entonces no tenia don Tomàs la relajaciõ del juramento, y como Cauallero Christiano eligio la parte mas segura; y pudiendose entender que lo hizo por esta causa, no se ha de juzgar que lo hizo para aprouar el contrato nulo, y renunciar su derecho, vt eleganter considerat Roland. a Valle, cons. 4. num. 93. vol. 1. ibi: *Tamen militant aliæ rationes, & aliæ coniecturæ, videlicet timor periuri, qui sufficiens est, vt non dicatur actus subsequentes expontanei facti,* vt per DD. in dicta l. 2. C. quod metus caus. tenet etiam Card. Thusc. 5. tom. conclus. 220. nu. 17. Tho. Sãch. de matri. lib. 4. disp. 18. n. 10. vers. Dicendum est enim, Fran. Areti. cons. 14. nu. 17. ver. Sed restat videre, Mogol. de met. c. 12. n. 33.

Num. 42.
El auer dado el dicho don Tomàs, el dicho poder, fue por obseruar el juramento q̃ auia interpuesto, y por la reuerẽcia del juramento.

Terciò, porque ay mucha diferencia para la ratificacion del acto, quando fuit ipso iure nullus, aut mero iure valuit: porque en el primero, ex executione actus, non inducitur ratificatio, vt eleganter considerat Angel. Aretin. cons. 96 n. 31. & seqq. quem refert & sequitur Thusc. cõcl. 221. lit. M. n. 27.

Quãdo el acto es ipso iure nulo, ex executione actus, nõ inducitur ratificatio.

Num. 44. *Para que diga ratificado el acto, es necessario que se prueue, que el que lo ratificò tuuo ciencia de sus defetos, y los declarò en la ratificacion.*

Y la razon desto es, porque para que se entiēda aprouado el acto que fue nulo, ex tacita approbatione resultante, ex executione actus, es necessario que se prueue por quien pretende, q̄ obra ratificacion, que el que hizo el acto de q̄ á de resultar, tuuo noticia y ciencia de todos los defetos, tám in facto, quàn in iure, del acto ratificado, eleganter Hieron. Gab. ex Corn. Ruin. Bald. Paris. cons. 36. n. 60. vol. 1. resoluit ipsum, & Surd. referēs, Gratian c. 513. n. 30. vol. 3. dicēs: *Vbi etiam declarat eanden decisionem, procedere in ratificatione tacita prouenieste, ex l. fi. C. si maior factus vel inducta ab homine, mediante aliquo actu positiuo, prout etiam in ea in qua ratificans, non habuit scientiā, veri doli, vel præsumpti, cum regulariter actus nullus, vt ratificetur, requirat plenam scientiam ipsiusmet doli, ac nullitatis, ac omnium qualitatum, &c.* Y nada desto se ha prouado por la dicha doña Geronima, para que del dicho poder pueda induzir acto de ratificacion.

Quartus Articulus.

Num. 45. *Respeto de estar impedida doña Geronima de ceder acciones no puede cobrar del dicho dō Tomàs fiador.*

EN Este Articulo, solo ponderamos la justicia que el dicho don Tomás tiene contra la dicha doña Geronima, aunque la escritura no tuuiera todos los defetos que se hā cōsiderado, porq̄ como parece de las escrituras de vēta, otorgadas por don Luys Mesia, de bienes assi dotales, como q̄ estauan hipotecados a la dote, la dicha D. Geronima entró en las ventas, y remitio su derecho de hipoteca: y siendo, como hemos fundado, la fiança acto correspectiuo, estādo con las dichas enagenaciones la dicha D. Geronima impedida para poder ceder sus acciones, no puede cobrar la dote del fiador ex eleg. cōg. a D. dō Ioā. del Casti. d. lib. 6. c. 168. §. vnic. n. 22. & seqq. Y assi esperamos, q̄ la sentēcia de vista se á de reuocar, y dar por ninguna la dicha fiança. Salua, &c.